

La fixation et la contestation du loyer initial

par

Jean Jacques Schwaab

Dr en droit, avocat à Lausanne

I. Introduction	3
II. La fixation du loyer initial	4
A. Définitions	4
1. Le loyer	4
a. <i>En espèces</i>	4
b. <i>En nature</i>	5
c. <i>Selon le chiffre d'affaires</i>	5
2. Les frais accessoires.....	6
a. <i>Généralités</i>	6
b. <i>Le forfait</i>	7
c. <i>Les acomptes et le décompte</i>	8
3. La garantie de loyer.....	8
B. Le montant du loyer	9
1. Les principes de la fixation des loyers	9
2. Le loyer fondé sur les coûts.....	10
3. La méthode des loyers usuels.....	11
4. Le rendement brut	12
C. Le loyer initial	13
1. Définition	13
2. Le nouveau bail	13
3. Le renouvellement du bail.....	14
4. Le transfert de bail	16
5. La sous-location	16
D. La formule officielle.....	17
1. La compétence des cantons	17
2. Le contenu	18

III. La contestation du loyer initial	19
A. L'article 270 CO.....	19
B. Les conditions de la contestation.....	20
1. Généralités.....	20
2. L'obligation de contracter	21
3. La situation du marché local	22
4. Le loyer sensiblement augmenté.....	22
5. La même « chose ».....	24
6. En cas de sous-location	24
C. La procédure.....	25
1. La qualité pour agir	25
2. Le délai.....	25
3. La conciliation préalable	27
4. La procédure inquisitoire sociale	27
D. La fixation du loyer initial par le juge	30
1. Les critères applicables et la marge d'appréciation.....	30
2. La méthode absolue.....	31
3. La méthode comparative	32
4. La méthode relative.....	33
5. Le loyer précédent.....	34
6. En cas de travaux à plus-value	35
7. Le rendement brut	35
8. Les loyers indexés, échelonnés ou selon le chiffre d'affaires	36
E. Le complètement du bail par le juge	37
1. Généralités.....	37
2. Les motifs invoqués par le bailleur	38
3. L'absence de formule officielle.....	38
F. Les frais accessoires	41
G. La garantie de loyer.....	41
H. Les autres conclusions.....	42
IV. Conclusion	43
Bibliographie sommaire.....	45

I. Introduction

1. Dans la mesure où il restreint partiellement la liberté contractuelle, le droit du bail est l'un des domaines où la réflexion politique l'emporte souvent sur les disputes doctrinales, dont les juristes sont coutumiers.
2. Traditionnellement considéré comme un peuple de locataires, les suisses se sont dotés d'une norme constitutionnelle qui impose à la Confédération de légiférer contre les abus dans le secteur locatif¹.
3. Parmi les dispositions introduites par l'arrêté fédéral du 30 juin 1972 instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif et reprises lors de la révision du droit du bail de 1989², c'est la disposition relative à la contestation du loyer initial qui a fait couler le plus d'encre et de salive parlementaire. Contestée par une partie de la doctrine, elle n'a toutefois jamais été remise sérieusement en question³. Il s'agit en effet de la pierre angulaire de la protection des locataires contre les loyers abusifs.
4. Quel que soit le système d'adaptation du loyer en cours de bail, il ne peut protéger efficacement les locataires contre les abus qu'à la condition que le loyer de base puisse lui-même être soumis à contrôle.
5. Selon les statistiques, le nombre de contestations du loyer initial est très bas, même si l'on recense une augmentation consécutive à la pénurie toujours croissante de logements, en particulier en Suisse romande⁴.
6. Le projet relatif à la modification du droit du bail actuellement en consultation⁵ conserve intégralement le principe de la contestation du

¹ Art. 109 Cst. (34 Septies aCst.).

² AMSL ; Message du Conseil fédéral du 24 avril 1972, FF 1972 I 1217 ss ; Message concernant l'initiative populaire « Pour la protection des locataires », la révision du droit du bail à loyer et du bail à ferme dans le code des obligations et la loi fédérale instituant les mesures contre les abus dans le secteur locatif, du 27 mars 1985, FF 1985 I 1369 ss.

³ Pour la genèse de cette disposition, voir FETTER, chapitre I, § I, p. 3 ss.

⁴ En 2007, sur 28'936 causes portées devant les Commissions de conciliation en Suisse, seules 339 concernaient le loyer initial. Le canton de Vaud avec 198 contestations et le canton de Genève (95 contestations) se sont taillés à eux seuls la part du lion, si l'on considère que Zurich n'a connu que deux contestations pour la même période et Berne 11. Voir le site www.statistique-admin.ch.

⁵ Le projet de loi et le rapport explicatif peuvent être consultés sur le site Internet du Département fédéral de l'économie www.dfe.admin.ch.

loyer initial. Nonobstant la profonde modification envisagée quant à la méthode de fixation et d'adaptation du loyer, il nous a paru intéressant de faire le point sur la jurisprudence et la doctrine les plus récentes, en particulier les développements intervenus depuis la publication de la thèse de Sébastien Fetter entièrement consacrée à ce sujet⁶.

7. Nous étudierons successivement et à titre de rappel, les principes régissant la fixation du loyer, puis les conditions et la procédure de contestation du loyer initial. Nous nous attacherons ensuite au rôle du juge lorsqu'il lui incombe soit de corriger le loyer convenu entre les parties, soit de fixer le loyer de base, lorsque le montant indiqué dans le contrat est invalide pour des questions de forme ou de fond.

II. La fixation du loyer initial

A. Définitions

1. Le loyer

a. En espèces

8. La mise à disposition d'un local d'habitation ou commercial sans contrepartie n'est pas un bail, mais un prêt à usage⁷.
9. Le plus souvent, le montant du loyer est exprimé en francs, avec des modalités de paiement, mais ce n'est pas toujours le cas. Il suffit qu'il soit déterminable, par exemple en fonction d'un prix selon la surface louée.
10. Après avoir considéré que lorsque le montant du loyer n'était ni déterminé, ni déterminable, le juge devait compléter le bail, le Tribunal fédéral s'est rallié à l'opinion dominante selon laquelle le contrat n'est pas conclu dans un tel cas. En conséquence, le juge ne peut que constater et fixer une indemnité d'occupation pour la période pendant laquelle les locaux ont été occupés⁸.
11. On ne saurait suivre les critiques émises contre cette jurisprudence et selon lesquelles il serait contradictoire de confier au juge le compétence

⁶ FETTER, La contestation du loyer initial, étude de l'art. 270 CO, Berne 2005.

⁷ Art. 305 ss CO ; LCHAT, p. 86, ch. 2.4.

⁸ FETTER, p. 17, N 36 ; ATF 108 II 112 consid. 4.

La fixation et la contestation du loyer initial

de revoir le loyer à la baisse en cas de contestation du loyer initial et de ne pas lui donner parallèlement la compétence de compléter le contrat et de fixer le loyer lorsque celui-ci ne peut être déterminé par l'interprétation du contrat et de la volonté des parties. En effet, le législateur n'a pas voulu exclure le droit du bail du principe de la liberté contractuelle⁹. En revanche, la liberté contractuelle est limitée par les principes généraux tels que la sanction des conventions contraires au droit de la personnalité, des vices du consentement et de l'abus de droit. En droit du bail, ces normes sont complétées par celles plus spécifiques et surtout plus contraignantes relatives à la protection contre les loyers abusifs. En appliquant ces normes au loyer initial, le juge ne complète pas le contrat ni ne fixe un loyer équitable. Il corrige le loyer convenu, dans la limite des conclusions prises par le locataire et selon les principes et paramètres qui font l'objet de notre étude.

b. En nature

12. Le loyer en nature ou sous forme de contre-prestations est converti en une somme d'argent¹⁰. Dans les contrats mixtes, par exemple de conciergerie, il est admis que l'on applique à chacune des prestations les dispositions légales qui les régissent. Pour la partie bail, le loyer peut être payé non pas en espèces, mais en travail. Le juge devra en estimer la valeur exprimée en argent.
13. S'il s'agit de livraison de produits finis par exemple ou de marchandises (des fruits et légumes de la part d'un maraîcher, de bouteilles d'un vigneron ou d'un certain nombre de litres d'essence par un garagiste), on appliquera par analogie les règles de la vente au même titre que dans un échange¹¹. Mais les dispositions impératives, en matière notamment de protection contre les loyers abusifs, sont intégralement applicables¹².

c. Selon le chiffre d'affaires

14. Le loyer peut être fixé et donc varier en fonction du chiffre d'affaires réalisé par le locataire d'un local commercial. On parle de *bail partiaire*.

⁹ Art. 1 et 19 CO, ATF 128 III 419 consid. 4.2, CdB 2003, p. 14, SJ 2003 I 33.

¹⁰ TERCIER, p. 187, N 1481.

¹¹ Art. 237 et 238 CO.

¹² LACHAT, p. 83, ch. 1.6.5 et 88, ch. 3.1.

15. La fixation du loyer initial revêt une importance majeure. Le pourcentage du chiffre d'affaires détermine en effet le loyer pour toute la durée du bail et ceci quelle que soit l'évolution du paramètre déterminant.
16. En matière commerciale, le pourcentage ne peut pas être corrigé et les augmentations qui en découlent automatiquement n'ont pas à être notifiées par formule officielle¹³.
17. Cette conception restrictive est critiquable. On ne saurait admettre en effet qu'une très forte augmentation du chiffre d'affaires d'un commerçant procure au propriétaire un rendement abusif.
18. Dans les contrats de longue durée surtout, l'appréciation des critères permettant d'évaluer le montant du loyer estimé en francs doit répondre à des règles strictes. Le bail doit indiquer de manière précise quels sont les éléments qui entrent dans le chiffre d'affaires et qui constituent la base du loyer.

2. Les frais accessoires

a. Généralités

19. Si le bail ne prévoit rien, le loyer couvre la totalité des frais résultant de la mise à disposition du logement ou du local commercial. Les locaux doivent être appropriés à l'usage convenu et donc convenablement chauffés et alimentés en eau chaude et froide. En revanche, la consommation d'énergie et de communications, qui ne dépend que de l'usage individuel qu'en fait le locataire et qui est indépendante de l'usage standard des locaux, n'est pas comprise dans le loyer. Le plus souvent, le paiement est fait directement en main du fournisseur de chauffage, par exemple à distance, et des autres énergies.
20. Les dépenses que le bailleur consacre à l'entretien ou à la rénovation des locaux ainsi que celles qui sont sans rapport avec l'usage de la chose louée, mais uniquement avec sa possession ou son existence même, sont censées intégrées au loyer de base.

¹³ LACHAT, p. 500, ch. 10.1.7 et les références.

La fixation et la contestation du loyer initial

21. En revanche, le contrat peut prévoir une participation du locataire aux prestations du bailleur ou d'un tiers, en rapport avec l'usage de la chose louée et qui ne sont pas couvertes par le loyer¹⁴.
22. Ces frais ne sont à la charge du locataire que si cela a été convenu spécialement¹⁵. Seuls les frais expressément mentionnés dans le bail, par une clause spéciale, peuvent être valablement réclamés au locataire. Ils doivent être décrits de manière précise et détaillée dans le bail¹⁶. Le renvoi à une annexe standardisée¹⁷ ne suffit pas pour admettre que les parties ont passé une convention spéciale sur le paiement des frais accessoires¹⁸.
23. En outre, le bailleur ne peut facturer pour les prestations non comprises dans le loyer principal que les dépenses effectives¹⁹. En revanche, il peut inclure dans leurs calculs un certain nombre d'éléments annexes²⁰.

b. Le forfait

24. Outre le loyer tout compris, incluant aussi les frais de chauffage ainsi que tous les autres frais accessoires, la pratique connaît le système du forfait, qui évite d'établir un décompte périodique.
25. On peut se demander si ces deux méthodes sont compatibles avec l'exigence d'une facturation des frais accessoires au coût effectif²¹. En effet, les fortes variations du coût des énergies, la baisse ou la suppression de taxes, peuvent générer une baisse effective des coûts à la charge du propriétaire et, par conséquent, une violation objective de l'interdiction faite au bailleur de réaliser un profit sur cette part du loyer.

¹⁴ Art. 257a al. 1 CO ; LACHAT, p. 331, ch. 1.1 et les références.

¹⁵ Art. 257a CO.

¹⁶ ATF 121 III 460.

¹⁷ Par exemple les règles et usages locatifs du Canton de Vaud.

¹⁸ TF du 8 avril 2005, 4P.309/2004, consid. 3.2.2, DB 2006, N 7, CdB 2005, p. 110.

¹⁹ Art. 257b CO et art. 5 al. 1 OBLF ; LACHAT, p. 338, ch. 4.

²⁰ Art. 5 al. 2 OBLF concernant le décompte de chauffage.

²¹ Art. 257b al. 1 CO, art. 5 al. 1 OBLF.

26. Le bailleur doit calculer le forfait sur la moyenne des trois années précédentes²², ce qui implique la possibilité d'une révision en cours de bail.
27. Calculés à forfait ou inclus dans le loyer, les frais accessoires constituent des éléments du loyer, qui doivent être pris en considération aussi bien lors de la fixation du loyer initial qu'en cas de modification ultérieure²³.

c. Les acomptes et le décompte

28. Le décompte annuel des frais accessoires correspond à l'usage le plus répandu. Les baux prévoient dans ce cas des acomptes provisionnels payables à chaque échéance du loyer.
29. En fin d'exercice, les acomptes versés par le locataire doivent être intégrés dans un décompte détaillé des dépenses directement en rapport avec les prestations supplémentaires du bailleur.
30. L'ordonnance fixe les règles d'établissement des décomptes annuels en particulier en matière de chauffage et de préparation d'eau chaude²⁴. Ces règles sont souvent complétées par les règles et usages locatifs en vigueur dans les différents cantons qui les connaissent.

3. La garantie de loyer

31. Depuis 1990, le bailleur ne dispose plus d'un droit de rétention sur les biens et objets garnissant les locaux d'habitation, contrairement aux locaux commerciaux. La constitution de sûretés, sous la forme d'un dépôt en argent, est devenue la règle. Elle est souvent remplacée aussi par le cautionnement d'une société spécialisée. Quelle que soit la forme choisie, les sûretés ne peuvent dépasser trois mois de loyer, en matière de baux d'habitation, y compris l'acompte ou le forfait pour les frais accessoires²⁵.
32. A notre avis, les sûretés fournies par le locataire constituent un élément du loyer. Ainsi, en cas de baisse, la garantie devrait être

²² Art. 4 al. 2 OBLF.

²³ LACHAT, p. 336, ch. 3.

²⁴ Art. 5 ss OBLF.

²⁵ Art. 257 al. 2 CO.

automatiquement réduite. En revanche, l'augmentation du loyer n'entraîne pas nécessairement un complément de garantie, dès lors que le montant correspondant à trois mois de loyer constitue le maximum autorisé. Les parties sont libres de prévoir un montant inférieur.

B. Le montant du loyer

1. Les principes de la fixation des loyers

33. En Suisse, on dénombre trois différentes catégories de loyer en matière immobilière.
34. Les loyers *absolument libres* sont fixés uniquement en fonction de la liberté contractuelle et par conséquent soumis aux seules lois du marché. Ils échappent aux mesures de protection particulière en faveur des locataires autres que celles découlant des dispositions générales du droit, notamment la lésion ou l'usure. C'est le cas du loyer des appartements de vacances loués pour trois mois ou moins, des terrains nus, des places de parc et garages loués indépendamment d'un logement ou d'un local commercial. De même, les dispositions sur la protection contre les loyers abusifs ne s'appliquent pas aux baux d'appartement et de maisons familiales dits de luxe comprenant six pièces ou plus²⁶.
35. La deuxième catégorie de loyers qui échappent aux mesures de protection concerne les immeubles qui ont bénéficié d'une aide de la collectivité publique.
36. Enfin, il y a les loyers applicables à la plupart des habitations et locaux commerciaux. Ils sont fixés librement, mais dans les limites de la protection conférée par le législateur contre les loyers abusifs²⁷ et les congés²⁸. Seule cette catégorie est concernée par la possibilité de contester le loyer initial, après la conclusion du bail. Elle n'échappe cependant à la liberté contractuelle totale que si le locataire prend l'initiative d'une contestation. Aucune autorité n'intervient d'office.
37. Partagé entre la volonté de maintenir une surveillance des loyers des logements et locaux commerciaux et l'instauration d'un marché complètement libre, le législateur a consacré dans la loi deux méthodes

²⁶ Art. 253a al. 2, 253b al. 2 CO et 2 al. 1 OBLF.

²⁷ Art. 269 ss CO.

²⁸ Art. 271 ss CO.

pour fixer les loyers. D'une part, il a décrété qu'un loyer n'est pas abusif s'il permet au bailleur de couvrir ses charges et de rentabiliser équitablement ses fonds propres. Il s'agit du loyer fondé sur les coûts. D'autre part, un loyer est équitable s'il est fixé dans les limites des prix usuellement pratiqués dans le quartier ou dans la localité pour des objets semblables²⁹.

38. L'application simultanée de ces deux méthodes soulève de nombreuses difficultés qu'une abondante jurisprudence n'a, à ce jour, jamais complètement résolues, notamment à propos de la question fondamentale de la fixation du loyer initial³⁰.
39. Pour échapper au reproche d'abus, le loyer ne doit pas permettre au bailleur d'obtenir un rendement excessif de la chose louée ni être la conséquence d'un prix d'achat de l'immeuble manifestement exagéré. En elle-même, cette disposition contient déjà une confusion potentielle entre le loyer exclusivement fondé sur les coûts, qui déterminent si le rendement procuré au bailleur est ou non admissible, et les lois du marché. En effet, pour déterminer si le prix d'achat de l'immeuble est manifestement exagéré, on doit se référer à sa valeur de rendement qui est elle-même calculée sur la base des loyers usuels dans la localité ou le quartier, pour des objets semblables³¹. Cette confusion des critères a pour conséquence d'amplifier le phénomène engendré par la pénurie de locaux, à savoir une augmentation plus forte des loyers que celle du coût de la vie en général. Plus les loyers dans une région donnée augmentent et moins le prix d'achat d'un immeuble sera considéré comme exagéré. L'augmentation des loyers dans cet immeuble aura pour conséquence d'augmenter la moyenne des loyers dudit quartier et de générer ainsi un phénomène *de boule de neige* que ni le législateur, ni la jurisprudence n'ont à ce jour réussi à endiguer.

2. Le loyer fondé sur les coûts

40. La loi n'impose pas aux bailleurs une méthode pour fixer les loyers. Elle se borne à prohiber les loyers abusifs, sans distinguer les critères d'abus fondés sur les coûts d'une part et sur les loyers du quartier d'autre part.

²⁹ Ces règles font actuellement l'objet d'un projet de révision (www.dfe.admin.ch).

³⁰ Voir LCHAT, chapitre 16 et les références historiques.

³¹ Art. 10 OBLF.

La fixation et la contestation du loyer initial

41. Le Tribunal fédéral a séparé les critères dits *absolus* qui permettent d'apprécier objectivement le montant du loyer, sans égard aux accords intervenus entre le bailleur et le locataire. Ils tiennent compte des charges et des fonds propres investis par le propriétaire, indépendamment d'un bail précédent ou de l'évolution du taux hypothécaire ou d'autres indices³².
42. Pour éviter de remettre en cause le caractère admissible ou non du loyer, donc de le recalculer en fonction du rendement net qu'il procure au bailleur à chaque renouvellement du bail, le Tribunal fédéral a élaboré la *méthode relative*, fondée sur le principe de la confiance. En cours de bail, le caractère abusif d'un loyer doit être examiné en fonction des modifications intervenues depuis la dernière fixation³³.
43. Mais cette distinction entre deux méthodes, dont l'une ne serait applicable qu'au début du bail pour la fixation du premier loyer et l'autre exclusivement pour les modifications intervenues en cours de route, n'est pas aussi claire qu'il y paraît. Ainsi, la méthode absolue prend en considération certains facteurs relatifs comme l'évolution du coût de la vie pour les fonds propres investis et l'évolution des coûts d'entretien de l'immeuble par rapport à la moyenne des années précédentes.
44. Exceptionnellement, le Tribunal fédéral admet aussi qu'un bailleur se prévale directement d'un facteur absolu pour modifier le loyer en cours de bail³⁴.

3. La méthode des loyers usuels

45. Selon l'article 269 a CO, les loyers qui se situent dans les limites des loyers usuels de la localité ou du quartier ne sont en règle générale pas considérés comme abusifs. Indépendante des relations entre bailleur et locataire, donc de l'existence d'un bail en cours, cette exception au calcul de rendement constitue aussi un critère absolu de fixation du loyer, même s'il a pour conséquence de justifier un loyer entraînant un

³² Voir not. TF du 17 novembre 2006, 4C.281/2006, consid. 2.2, CdB 2007, p. 57 ; FETTER, p. 208, N 453 et les références ; RICHARD, p. 65 ss.

³³ Voir notamment ATF 133 III 61, spéc. 71 ; 120 II 240 consid. 2.2 et les références ; TF du 9 juillet 2002, 4C.291/2001 consid. 2.

³⁴ LACHAT, p. 539, ch. 5.3.4 ; ATF 117 II 77 consid. 2 ; 116 II 594 consid. 6.

rendement abusif des fonds propres. Ainsi, lorsque le calcul du rendement est possible, c'est la règle générale qui l'emporte³⁵.

46. Cette méthode est adaptée aux immeubles anciens³⁶. La volonté du législateur de favoriser les propriétaires de tels immeubles en leur permettant de fixer des loyers supérieurs à ceux qui suffisent à procurer un rendement correct des fonds propres doit être interprétée de manière restrictive. A défaut, c'est le but même de la protection contre les loyers abusifs qui devient illusoire, par le phénomène de boule de neige qu'engendre la méthode comparative, du moins en l'absence de contrôle systématique des loyers du quartier³⁷.
47. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral pose d'ailleurs des conditions très strictes à l'application de cette méthode et aux cinq éléments de comparaison au moins que le bailleur doit fournir.
48. En outre, le calcul du rendement net peut être invoqué, notamment si le propriétaire le demande³⁸.

4. Le rendement brut

49. Selon l'article 269a lit. c CO, les loyers qui se situent dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais ne sont en règle générale pas abusifs. Il s'agit d'un critère absolu de fixation du loyer. Il est applicable à la fixation du loyer initial qui est aussi, s'agissant des constructions neuves, le loyer payé par les premiers locataires et à ce titre déterminant pour l'évolution ultérieure du loyer, en application de la méthode relative.
50. Le rendement brut doit permettre de couvrir les frais, autrement dit de rentabiliser le capital investi et de couvrir toutes les charges financières et d'entretien³⁹.

³⁵ Voir LACHAT, p. 526, ch. 1.7 ; FETTER, p. 223, N 486.

³⁶ 10 ans et plus, voir LACHAT, p. 489.

³⁷ Le phénomène est partiellement corrigé par les exigences de la jurisprudence qui exige que les loyers offerts à titre de comparaison aient été adaptés selon la méthode relative. Voir LACHAT, p. 457, ch. 2.2 et les références.

³⁸ TF du 18 janvier 2006, 4C.287/2005, consid. 2.5, CdB 2006, p. 59.

³⁹ Le TF a fixé à 2% en dessus du taux hypothécaire 1^{er} rang du marché la limite admissible du rendement brut. Ce chiffre a été fixé alors que le taux hypothécaire était élevé. Une légère augmentation peut aujourd'hui être envisagée, si des circonstances particulières le justifient.

C. Le loyer initial

1. Définition

51. L'article 270 CO dispose que le locataire qui juge le montant du loyer initial abusif peut le contester dans les trente jours qui suivent la réception de la chose et en demander la diminution. Cette disposition est reprise de l'ancien article 17 AMSL⁴⁰. Si la nouvelle formulation introduit la notion de loyer initial, ni la loi, ni le message du Conseil fédéral aux parlementaires n'en ont donné une définition⁴¹.
52. Le loyer initial est la contreprestation du locataire dans un premier bail conclu avec un bailleur et qui porte sur un local donné. Ainsi, bailleur et locataire ne doivent pas avoir été déjà liés par un précédent contrat pour le logement ou le local commercial concerné. Pour éviter que le bailleur n'élide les règles de forme et de fond relatives aux majorations de loyer, la jurisprudence interprète la notion de relocation d'une manière restrictive⁴². La distinction est importante, en particulier parce que le juge appelé à se prononcer sur la réduction du loyer initial ne prendra pas en considération les mêmes critères qu'en cas d'augmentation du loyer en cours de bail.

2. Le nouveau bail

53. Le bail est un nouveau contrat dont le loyer est indiscutablement initial lorsque les parties ne sont liées par aucun rapport de bail antérieur ou, s'il en existe un, lorsque l'objet loué est différent. Mais, il y a aussi nouveau bail lorsqu'un locataire change de locaux ou prend des locaux supplémentaires séparés de ceux qui sont l'objet du bail existant. Il en va de même lorsque le contrat porte sur le même objet, mais que la location a été interrompue et le premier bail résilié. Il n'est pas nécessaire qu'un autre locataire ait occupé les locaux. Une interruption temporelle significative entre les deux contrats suffit. En revanche, une

⁴⁰ Art. 17 AMSL : « Lors de la conclusion du bail, le locataire d'un logement peut contester le montant du loyer qu'il estime abusif devant la commission de conciliation dans les trente jours qui suivent la conclusions du bail, si la situation difficile dans laquelle il se trouve l'a contraint à conclure le bail ».

⁴¹ FETTER, p. 126 et 127, N 273.

⁴² FETTER, p. 127, N 274.

simple suspension du loyer n'entraîne pas la conclusion d'un nouveau bail.

54. Il y a aussi nouveau bail et donc loyer initial, lorsque le locataire occupait les locaux à un autre titre⁴³. C'est le cas d'un proche, par exemple un enfant qui, au départ de ses parents, conclut avec le propriétaire un bail à son nom. De même, le sous-locataire, voire l'occupant à bien plaie au bénéfice d'un prêt, qui conclut un bail avec le propriétaire.
55. L'existence d'un nouveau bail postule la faculté pour les parties de négocier les modalités du contrat, sans être liées par aucune des clauses du précédent bail, qu'il soit au nom du nouveau locataire ou que celui-ci en assume la responsabilité d'une autre manière⁴⁴.
56. En effet, si un premier bail reste en vigueur, les conditions ne peuvent en être modifiées que dans le respect des dispositions relatives à la protection contre les loyers abusifs. En d'autres termes, à l'occasion d'un changement de locataire en cours de bail, le bailleur ne peut modifier les conditions que pour la prochaine échéance et en respectant les formes prévues par la loi. En particulier, toute hausse de loyer est sujette à contestation si elle est abusive. Un nouveau locataire n'aura donc intérêt à se voir imposer les conditions de son prédécesseur qu'à la condition que celui-ci paie un loyer équitable et régulièrement adapté selon la méthode relative.

3. Le renouvellement du bail

57. Il n'y a pas de nouveau bail lorsqu'un contrat de durée indéterminée se renouvelle tacitement. En revanche, la situation est plus délicate lorsqu'au moment du renouvellement, les conditions de location sont modifiées sur d'autres points que le loyer. En effet, si une hausse a été notifiée ou une demande de baisse a abouti, il s'agit du même contrat. Le loyer modifié n'est pas initial. Mais la modification du loyer ou des autres clauses contractuelles peut néanmoins faire l'objet d'un nouveau contrat ou d'un avenant, voire d'une simple modification consensuelle.

⁴³ FETTER, p. 128, N 277.

⁴⁴ Par exemple à titre de colocation. En revanche, la caution du locataire précédent n'est pas liée par le contrat et si le contrat lui est transféré, il s'agit d'un nouveau bail.

58. Si le bailleur et le locataire restent les mêmes et les locaux loués identiques, il n'y a pas de nouveau bail même si formellement un nouveau contrat est signé avec des modifications quant au loyer ou d'autres clauses comme les frais accessoires, la mise à disposition d'installations particulières, l'usage d'un jardin, une obligation d'entretien différente des locaux, l'autorisation ou l'interdiction de détenir des animaux.
59. L'essentiel est que le but de protection contre les loyers abusifs puisse être atteint. A côté de la modification unilatérale du loyer par le bailleur, expressément réglée par la loi, les parties ont aussi la possibilité de modifier le contrat d'un commun accord, tant que le but protecteur de la loi n'est pas éludé. Le locataire doit être informé de ses droits et ne subir aucune pression⁴⁵. Cette jurisprudence est discutable. Elle nous paraît contraire au formalisme assez strict imaginé par le législateur pour garantir au locataire l'exercice de ses droits.
60. Même lorsque bailleur et le locataire sont les mêmes et que le contrat concerne les mêmes locaux, il peut y avoir nouveau bail. Tel sera le cas notamment lorsque des travaux très importants entraînent une modification substantielle des locaux.
61. Il n'est pas nécessaire que les travaux aient duré pendant de nombreux mois ni que les locaux concernés soient devenus de ce fait indisponibles pour que l'on puisse parler de nouveau bail. Le précédent contrat doit avoir été dûment résilié d'un commun accord⁴⁶ et le nouveau contrat négocié au moment où le locataire réintègre les lieux. Dans une telle hypothèse, la question revêt un caractère plus académique que pratique si le loyer est augmenté. En cas de travaux à plus-value en effet, l'augmentation est calculée de la même manière que le loyer initial, à savoir selon la méthode absolue⁴⁷.

⁴⁵ TF du 6 janvier 2003, 4C.283/2002, consid. 5, DB 2005, N 16 ; ATF 123 III 70 consid. 3a ; 128 III 419.

⁴⁶ Rappelons que le bailleur n'a le droit de rénover ou de modifier la chose que si les travaux peuvent être raisonnablement imposés au locataire et que le bail n'a pas été résilié (Art. 260 al. 1 CO).

⁴⁷ LACHAT, p. 483, ch. 5.2.

4. Le transfert de bail

62. Le transfert d'un bail en cours à un autre locataire n'est généralement pas considéré comme un nouveau contrat. Ainsi, en cas de décès du locataire, le bail se poursuit avec les héritiers, qui ont simplement la possibilité de le résilier pour le prochain terme légal, en respectant le délai de congé⁴⁸.
63. La situation est identique lorsque le juge du divorce attribue le logement de la famille à l'un des époux, qu'il soit locataire, colocataire avec son conjoint ou simple attributaire du logement⁴⁹.
64. Le transfert volontaire de bail, notamment en matière commerciale, doit être approuvé par le bailleur, mais celui-ci ne peut le refuser lorsque les conditions sont remplies. En pratique, il arrive souvent que le bailleur accepte le transfert, mais impose la signature d'un nouveau contrat avec le repreneur. S'il n'y a aucune modification, notamment dans la durée, le bail se poursuit avec le nouveau locataire, sans modification. Il n'y a donc pas de loyer initial⁵⁰. Il en va de même en cas de résiliation anticipée du bail d'un logement. Si le propriétaire accepte le repreneur, le contrat se poursuit sans modification. Si le bailleur veut modifier les conditions du contrat, il doit libérer le locataire sortant et conclure avec le nouveau. Dans ce cas, le bail précédent a pris fin et un nouveau contrat entre en vigueur, avec la possibilité de contester le loyer initial.
65. Dans toutes ces hypothèses et aussi longtemps que le but protecteur de la loi n'est pas élué, les parties ont la possibilité, d'un commun accord, de signer soit un nouveau bail, soit un avenant au bail du locataire précédent.

5. La sous-location

66. Le sous-bail est un contrat pour lui-même, dont la validité ne dépend pas de celle du bail principal⁵¹. A l'égard du sous-locataire, le locataire principal a le rôle de la partie bailleuse.

⁴⁸ Art. 266i CO.

⁴⁹ Voir FETTER, p. 143.

⁵⁰ Voir FETTER, p. 140 et les références.

⁵¹ LACHAT, p. 566, ch. 2.1 ; NORDMANN, p. 8.

67. Les critères pour apprécier le loyer payé par le sous-locataire sont indépendants de ceux qui permettent d'établir si les conditions de la sous-location sont abusives, auquel cas le bailleur principal peut s'y opposer⁵².
68. S'agissant du loyer initial, les mêmes règles s'appliquent qu'en cas de nouveau bail principal. Le caractère abusif du sous-loyer initial s'apprécie pour lui-même⁵³, avec la difficulté que le rendement peut difficilement être fixé de la même manière qu'à l'égard du propriétaire de l'immeuble. Cette notion n'a en effet pas de sens pour le locataire qui peut au mieux faire un bénéfice sur la sous-location, pour autant que celui-ci reste dans les limites fixées par la loi⁵⁴. Mais le locataire principal peut aussi se voir imposer un sous-loyer inférieur au montant qu'il paie lui-même au bailleur, par exemple en cas de baisse sensible du taux hypothécaire depuis la fixation de son propre loyer⁵⁵. En revanche un supplément raisonnable pour le mobilier mis à disposition est acceptable⁵⁶.
69. En matière de sous-location, le loyer initial est celui payé par un sous-locataire qui conclut un premier sous-bail avec un locataire principal. Si le locataire principal change, mais que le sous-bail continue avec un successeur, il n'y a pas de nouveau contrat ni de loyer initial.
70. En revanche, si le locataire principal change en ayant pris la précaution de résilier le sous-bail et que le nouveau preneur accepte de conserver le sous-locataire, sans qu'il y ait un transfert proprement dit, le loyer figurant sur le nouveau sous-bail, même s'il est identique au précédent, est à notre avis initial au sens de la loi.

D. La formule officielle

1. La compétence des cantons

71. En cas de pénurie de logements, les cantons peuvent rendre obligatoire à tout nouveau bail, sur tout ou partie de leur territoire, l'usage de la

⁵² Art. 262 al. 2 lit. b CO ; voir FETTER, p. 225, N 492 et les références.

⁵³ FETTER, p. 226, N 495.

⁵⁴ Art. 262 al. 2 lit. d CO ; la jurisprudence a considéré qu'une différence de 30 à 40% était manifestement abusive ; 14% aussi : CdB 1996, p. 94.

⁵⁵ ATF 124 III 62.

⁵⁶ ATF 119 II 353, JdT 1995 I 24 (supplément de 20% admis).

formule officielle prévue pour les augmentations de loyer et les autres modifications unilatérales du contrat par le bailleur⁵⁷.

72. La latitude laissée au législateur cantonal est étroite. Il peut uniquement rendre la formule officielle obligatoire au début du bail⁵⁸ et définir la notion de pénurie⁵⁹. L'utilisation de la formule est impérative et ne se limite pas au cas où le nouveau bail est différent du précédent, notamment en ce qui concerne le montant du loyer⁶⁰. Elle ne s'impose cependant qu'aux logements, autrement dit aux baux d'habitation, mais pas aux locaux commerciaux.

2. Le contenu

73. Du point de vue de son contenu, la formule officielle est identique à celle qui est obligatoire sur l'ensemble du territoire pour les hausses de loyer et autres modifications unilatérales du contrat⁶¹. L'ancien et le nouveau loyer de même que les indications relatives aux frais accessoires doivent y figurer⁶².
74. Les conditions de contestation et la liste des autorités de conciliation y figurent obligatoirement. La formule doit être officialisée par l'autorité cantonale compétente.
75. S'agissant du précédent loyer, c'est le dernier loyer effectivement payé par le locataire sortant qui doit être indiqué, y compris les hausses intervenues en cours de bail. Si les locaux n'étaient pas loués ou s'ils étaient occupés par le propriétaire, cela doit être indiqué sur la formule⁶³.
76. La date d'entrée en vigueur correspond à celle du bail, sous réserve de la mise à disposition antérieure des locaux, à bien plaisir, par le bailleur.

⁵⁷ Art. 262 al. 2 lit. d CO. A ce jour, les cantons de Zurich, Fribourg, Genève, Neuchâtel, Nidwald, Uri, Vaud et Zoug ont fait usage de cette faculté.

⁵⁸ ATF 124 III 62 consid. 2a.

⁵⁹ L'obligation s'étend au sous-bail : ATF 124 I 127 consid. 2a.

⁶⁰ TC VD Chambre des recours, 1^{er} mars 2007 et les références ; contra : PIOTET, p. 353, N 1084.

⁶¹ L'art. 19 al. 3 OBLF renvoie purement et simplement aux alinéas 1 et 1bis de cette même disposition.

⁶² L'art. 19 al. 1 lit. a parle d'état des charges pour désigner le forfait ou l'acompte.

⁶³ Même en cas d'inoccupation temporaire, l'ancien loyer doit être indiqué : TBx VD, jugement du 10.05.2005.

La fixation et la contestation du loyer initial

77. La formule doit contenir les motifs précis de la hausse éventuelle de loyer par rapport au montant payé par le précédent locataire⁶⁴.
78. La formule doit être signée ou alors se référer expressément à une lettre d'accompagnement portant la signature du bailleur⁶⁵.
79. Enfin, en matière de sous-location, c'est le loyer payé par le locataire lui-même qui doit figurer sur la formule⁶⁶, à défaut de sous-loyer antérieur.
80. L'absence de formule ou la remise d'une formule incomplète entraîne la nullité partielle du bail en ce qui concerne le montant du loyer qui devra être fixé par le juge⁶⁷.

III. La contestation du loyer initial

A. L'article 270 CO

81. Dans un système qui ne connaît pas de contrôle automatique, la possibilité de corriger le loyer en cours de bail n'a de sens que si le loyer de départ peut lui aussi être vérifié à la demande du locataire. Un loyer abusif ou insuffisant ne deviendra jamais un loyer équitable, pour les deux parties, par le simple jeu de l'adaptation au coût de la vie ou à l'évolution des charges de l'immeuble. La possibilité de contester le montant du loyer lors de la conclusion du bail est la pierre angulaire de la protection contre les loyers abusifs⁶⁸. Les plus fortes hausses interviennent d'ailleurs lors des changements de locataires⁶⁹.

⁶⁴ L'art. 19 al. 1 lit. a ch. 4 OBLF précise que lorsque la hausse repose sur plusieurs motifs, les montants correspondant à chacun d'eux doivent être détaillés. S'ils figurent dans une lettre d'accompagnement la formule doit s'y référer expressément (Art. 19 al. 1bis OBLF).

⁶⁵ FETTER, p. 92, N 198 et les références ; ACJ GE du 05.02.2007, N 143.

⁶⁶ Voir JAQUEMOUD-ROSSARI, p. 27.

⁶⁷ ATF 120 II 341 consid. 5c et 6c.

⁶⁸ Message AMSL, FF 1972 1233 ss. Il s'agit d'une norme absolument impérative à laquelle il est exclu de renoncer de manière anticipée ; une renonciation transactionnelle ultérieure est en revanche possible : TBx VD, jugement du 06.06.2007.

⁶⁹ FETTER, p. 180, N 387.

82. Cette norme n'est pas une exception au principe de la fidélité contractuelle *pacta sunt servanda*. C'est une partie intégrante du droit du bail, au même titre que d'autres mesures de protection de la partie réputée faible, particulièrement dans le domaine de la protection des consommateurs⁷⁰. Les limitations ordinaires au principe de la fidélité contractuelle, fondées sur les bonnes mœurs, l'ordre public et les droits de la personnalité⁷¹ s'appliquent évidemment au droit du bail comme à l'ensemble des contrats. La contestation du loyer initial n'est pas une extension de ces principes généraux, spécifique au droit du bail. Il n'y a donc pas lieu d'interpréter la contestation du loyer initial de manière plus restrictive que n'importe quelle autre disposition régissant le bail à loyer⁷².

B. Les conditions de la contestation

1. Généralités

83. L'article 270 CO pose apparemment deux conditions alternatives, mais en réalité trois, pour que le locataire puisse contester le loyer initial. Le législateur a distingué l'obligation dans laquelle s'est trouvé le locataire de conclure le bail en raison de circonstances personnelles ou familiales ou alors de manière générale à cause de la situation sur le marché local, autrement dit de la pénurie de logements ou de locaux commerciaux.
84. La possibilité de contester le loyer existe aussi lorsque le bailleur a sensiblement augmenté celui-ci par rapport au montant payé par le précédent locataire.
85. Pour contester le loyer initial, le locataire doit avoir été contraint de signer le bail, dans des conditions telles que l'on ne puisse attendre de lui qu'il ait renoncé à s'engager, malgré le prix du loyer, soit parce que sa situation personnelle l'obligeait à résider ou à exploiter son commerce dans un endroit donné, soit parce que la pénurie faisait qu'il n'y avait pas d'autres locaux disponibles. Ces deux premières

⁷⁰ Voir par exemple les dispositions sur la vente avec paiements préalables (Art. 227a ss CO) et les dispositions sur le droit de révocation en matière de démarchage à domicile (Art. 40a ss CO).

⁷¹ Art. 19 et 21 CO, voir ENGEL, 2^e partie, chapitre 7, p. 11 ss, chapitre 14, p. 285 ss et chapitre 15, p. 298 ss.

⁷² FETTER, p. 11, N 21 et les références ; contra : SVIT-K, N 6 ad art. 270 et JORNOD, La contestation du loyer initial, RDS 2006 I, p. 37 ss, spéc. p. 60.

conditions postulent une forme d'état de nécessité justifiant le contrôle judiciaire des loyers contractuels.

86. En cas d'augmentation sensible du loyer par rapport au précédent, cette seule condition suffit à légitimer une demande de baisse. La remise en cause de cet élément essentiel du bail est nécessaire pour éviter que les adaptations subséquentes du loyer ne permettent pas de corriger un abus découlant d'une hausse injustifiée lors du changement de locataire.

2. L'obligation de contracter

87. La notion de contrainte est une question d'appréciation : dans quelle mesure peut-on exiger du locataire qu'il renonce à signer le contrat parce qu'il estime le loyer trop élevé ?⁷³ Il convient de considérer le surcoût et les inconvénients découlant du choix d'un logement ou d'un local moins cher, mais situé à plus ou moins longue distance de l'objet litigieux et de les comparer à la différence de loyer économisée en cas de déplacement. Lorsqu'il n'y a qu'un local disponible, par exemple pour un commerçant qui a toute sa clientèle dans une région donnée et dont le bail précédent a été valablement résilié, la réponse est claire. Mais on se trouve alors plutôt dans le cas d'une pénurie de locaux. En l'absence de pénurie, le législateur a considéré qu'un loyer même abusif était admissible, puisqu'il suffirait au locataire de se déplacer pour obtenir un bail à des conditions plus favorables. La condition de la contrainte de signer le bail, pour des raisons professionnelles et familiales, en l'absence de pénurie, constitue une exception notable à la protection des locataires contre les loyers abusifs. En conséquence, l'existence d'une situation de contrainte devrait être d'autant plus largement admise. Une interprétation restrictive de cette notion va à l'encontre du but de la loi⁷⁴.
88. De simples motifs de convenance personnelle ne suffisent pas pour contester le loyer initial. La notion de contrainte n'est en revanche pas celle figurant dans d'autres dispositions juridiques et qui doit, pour être reconnue, être assimilée à une véritable annihilation de la volonté⁷⁵.

⁷³ SVIT-K, N 10 ad art. 270.

⁷⁴ ZK-HIGI, N 42 ad art. 270 CO ; CdB 2000, p. 25, 27. Le locataire doit néanmoins avoir épuisé au préalable les possibilités de prolongation de son bail antérieur : TF du 16 octobre 2002, 4C. 169/2002, consid. 2.2, DB 2004, N 18.

⁷⁵ TF du 28 juillet 1999, 4C.121/1999.

Dans un tel cas, la contestation du loyer, voire du bail lui-même relèverait davantage de la lésion⁷⁶. La contrainte au sens de l'art. 270 CO n'implique pas non plus que le bailleur ait connaissance de l'état de nécessité dans lequel se trouve le locataire⁷⁷.

3. La situation du marché local

89. Si le locataire établit qu'il a été contraint de conclure le bail en raison de la situation du marché local, il peut contester le loyer initial. Cette condition vise la situation de pénurie, qui n'est pas définie par la loi.
90. On admet généralement qu'en dessous de 1.5 % de locaux vacants, dans la catégorie considérée, on est en présence d'une pénurie notoire de logements ou de locaux commerciaux. Cette limite est retenue dans certains cantons pour ordonner l'usage obligatoire de la formule officielle. Lorsque la pénurie est ainsi établie et attestée par le gouvernement cantonal sur la base de statistiques, le locataire n'a pas d'autre démonstration à faire et le loyer initial peut dans tous les cas être contesté⁷⁸.
91. Là où la formule officielle est obligatoire, il n'y a pas de restriction à la possibilité de contester le loyer initial, y compris pour les locaux commerciaux qui ne sont pourtant pas soumis à l'usage de la formule⁷⁹.

4. Le loyer sensiblement augmenté

92. Le locataire peut contester le loyer initial si celui-ci est sensiblement plus élevé que le loyer payé par le précédent locataire. Dans cette hypothèse, le locataire n'a pas à prouver qu'il a été contraint de conclure le bail ni qu'on se trouve en situation de pénurie.
93. Même en l'absence de formule officielle, le locataire a le droit de connaître le précédent loyer, au moment de l'état des lieux d'entrée⁸⁰.
94. S'agissant d'une question de recevabilité de la contestation du loyer initial, on ne saurait pour respecter le caractère protecteur de la norme à

⁷⁶ Voir LACHAT, p. 387, ch. 2.1.4.

⁷⁷ Voir FETTER, p. 159, N 340 et les références.

⁷⁸ FETTER, p. 70, N 150 et les références.

⁷⁹ Voir not. FETTER, p. 167 à 170, N 360 ss.

⁸⁰ Art. 256a al. 2 CO.

l'égard de la partie économiquement faible, se montrer trop exigeant sur les conditions de reconnaissance d'une augmentation sensible du loyer, tant en ce qui concerne les éléments de comparaison que les éventuelles adaptations du loyer en cours de bail précédent. En effet, le montant initial, non contesté ou fixé par le juge, déterminera tout au long du bail l'évolution du loyer selon la méthode relative. Celle-ci consistant en une forme d'indexation, il est essentiel que le loyer de base puisse être contrôlé et au besoin corrigé, même en l'absence de contrainte à l'égard du locataire ou de pénurie généralisée.

95. L'augmentation éventuelle des acomptes ou du forfait pour les frais accessoires peut résulter d'une répartition différente et dissimuler une augmentation effective du loyer net, par rapport au précédent locataire⁸¹. Elle doit être prise en considération au même titre que le loyer lui-même.
96. En matière de loyer échelonné, une jurisprudence apparemment isolée de la Cour de justice de Genève voudrait que l'on tienne compte non pas du dernier loyer payé par le précédent locataire, mais de la moyenne des loyers dus pour la période d'échelonnement précédente et de celle convenue pour la durée d'échelonnement du nouveau bail⁸². Cette méthode ne pourrait être appliquée qu'à deux baux présentant successivement un échelonnement de loyer réparti de manière analogue en pourcentage et en durée. Dans la majorité des cas, la majoration sensible du loyer doit s'apprécier sans tenir compte des critères de fixation de l'ancien et du nouveau loyer⁸³.
97. Il est admis qu'une différence de l'ordre de 10 % constitue en principe la limite au-delà de laquelle il y a augmentation sensible⁸⁴. Mais une augmentation de 5 % peut suffire à justifier une contestation du loyer initial⁸⁵, même si la dernière fixation du loyer est relativement ancienne. Il y a deux raisons à cela. La première tient à l'importance du loyer initial pour l'adaptation ultérieure du loyer. La seconde découle du fait qu'en raison des baisses successives du taux hypothécaire, depuis le milieu des années nonante, le rendement des immeubles, en particulier

⁸¹ FETTER, p. 186, N 401.

⁸² SJ 1995 690, p. 691 ss.

⁸³ LACHAT, p. 391, ch. 2.2.5.

⁸⁴ LACHAT, p. 390, ch. 2.2.4. ; fiche juridique Asloca N 332 ; TBx VD, jugement du 07.09.2006.

⁸⁵ FETTER, p. 200, N 432.

ceux qui sont largement hypothéqués, a fortement augmenté. Cela justifie que le loyer initial puisse être vérifié dans la plupart des cas, y compris de faible hausse⁸⁶, en tous cas lorsque les baisses du taux hypothécaire antérieures n'ont pas été répercutées sur le loyer du précédent locataire.

5. La même « chose »

98. Lorsque deux baux se succèdent ou en cas de sous-location, la faculté de contester le loyer initial n'existe que pour autant que les deux contrats portent sur le même objet. Même lorsque le changement de locataire s'accompagne de modifications de la chose louée, la présomption selon laquelle toute augmentation sensible du loyer autorise l'ouverture d'une procédure de contestation demeure.
99. Le loi veut en effet combattre les augmentations massives de loyer au moment d'un changement de locataire⁸⁷. Le fait pour le propriétaire d'effectuer des travaux d'entretien même lourds dans l'appartement concerné ne suffit pas à faire dudit appartement une *autre chose* et exclure ainsi la possibilité de contester le loyer initial sur la base d'une augmentation sensible du loyer. En d'autres termes, à moins que les locaux loués ne soient fondamentalement différents, le juge doit entrer en matière sur une contestation et c'est dans l'examen du fond du litige qu'il appréciera si les éléments de rénovation et de transformation des locaux sont de nature à justifier le loyer contesté.

6. En cas de sous-location

100. Si le local est régulièrement sous-loué, autrement dit s'il y a déjà un contrat de sous-location, c'est le loyer du précédent sous-locataire qui est déterminant. Si la sous-location intervient pour la première fois, la comparaison doit être faite par rapport au loyer principal, mais à la condition que la sous-location porte sur la *même chose*⁸⁸. La sous-location d'un appartement meublé justifie une augmentation de 10 %, voire davantage par rapport au loyer payé par le locataire principal. On ne saurait en déduire que le sous-loyer lui-même est abusif. Mais

⁸⁶ Voir dans le même sens ZK-HIGI, N 53 et 55 ad art. 270 CO.

⁸⁷ TF du 16 octobre 2002, 4C.169/2002, consid. 3.3 et les références, DB 2004, N 18.

⁸⁸ LACHAT, p. 388, ch. 2.2.2.

quelles que soient les explications de la différence, l'accès au juge doit être assuré et le bailleur ne peut refuser d'entrer en matière sous prétexte que le sous locataire bénéficie d'avantages supplémentaires, de quelque nature qu'ils soient. C'est le juge qui décidera si le sous loyer initial est ou non abusif.

C. La procédure

1. La qualité pour agir

101. Seul le locataire ou le sous-locataire peut contester le loyer initial. Cela suppose qu'un bail au moins oral soit conclu et que le locataire soit entré en possession des locaux loués.
102. S'il y a plusieurs colocataires, ils doivent agir en commun. L'un deux peut néanmoins saisir valablement l'autorité de conciliation, à condition d'agir non seulement en son nom mais aussi pour son ou ses colocataires. Sauf s'il bénéficie d'une procuration, le conjoint ou le partenaire enregistré non titulaire du bail ne peut pas agir en contestation du loyer initial, alors qu'il peut, lorsque le bail porte sur le logement de la famille, demander l'annulation du congé ou une prolongation du contrat⁸⁹.

2. Le délai

103. Le locataire doit agir devant l'autorité de conciliation dans les trente jours qui suivent la réception des locaux. Il s'agit d'un délai de péremption qui ne peut pas être interrompu. Une requête mal adressée bénéficie toutefois du délai de grâce de l'article 139 CO. En revanche, il n'est pas possible de renoncer à l'avance à ce délai qui est absolument impératif⁹⁰.
104. La date de réception des locaux ne correspond pas nécessairement à celle de la conclusion du bail⁹¹. L'entrée en possession de la chose louée est déterminée par la remise des clefs et, lorsqu'il y en a un, par l'état des lieux d'entrée. Le bailleur doit délivrer la chose à la date convenue, dans un état approprié à l'usage pour lequel elle a été louée.

⁸⁹ LACHAT, p. 758, ch. 6.5 et 797, ch. 8.6.

⁹⁰ PERMANN, p. 271.

⁹¹ L'art. 17 ASML faisait partir le délai au moment de la conclusion du bail.

Si les locaux sont dans un état tel qu'ils ne sont pas effectivement adaptés à l'usage prévu, le délai ne commence pas à courir avant que le bailleur n'ait procédé à la correction des défauts⁹².

105. Si le locataire reçoit les locaux avant l'entrée en vigueur effective du bail, le délai commence à courir, mais à la condition que la durée de prise de possession anticipée ne soit pas supérieure au délai de trente jours. En effet la possibilité de contester le loyer initial serait périmée avant même d'avoir pris naissance. Si le délai excède quelques jours, on doit considérer que les locaux sont remis à un autre titre que le bail, par exemple comme prêt à usage, pendant la durée duquel le délai de contestation ne court pas⁹³.
106. Aussi longtemps que le contrat n'est pas officiellement conclu, autrement dit que les parties ne se sont pas entendues oralement ou par écrit sur les éléments essentiels, en particulier le montant du loyer, le délai ne court pas. On ne saurait en effet contester un loyer non déterminé. Le délai ne court pas non plus avant l'envoi de la formule officielle, mais seulement dès sa réception par le locataire⁹⁴.
107. Là où elle est obligatoire, la formule officielle est une condition de validité du loyer initial. Si la loi cantonale ne prévoit pas de délai pour sa remise⁹⁵, on considère qu'au delà du délai de trente jours après la remise des locaux et, le cas échéant, la signature du bail, la formule officielle n'est pas remise en temps utile. En conséquence, le loyer initial peut être contesté même au delà du délai.
108. Enfin, si le loyer initial est contesté avant la délivrance de la chose, par exemple à la signature du contrat, la contestation n'en est pas moins valable⁹⁶. En revanche, elle ne saurait être examinée avant que toutes les conditions soient remplies et que le locataire ait valablement pris possession de lieux. Si l'entrée en jouissance est différée, la procédure de contestation du loyer initial est suspendue.

⁹² ZK-HIGI, N 44 ad art. 256 CO.

⁹³ FETTER, p. 278, N 608.

⁹⁴ FETTER, p. 278 à 279, N 609 à 611 et les références ; ACJ GE du 26.05.2003, N 604.

⁹⁵ Voir FETTER, p. 94 et 95, N 203 et 204 et les références.

⁹⁶ Voir FETTER, p. 281, N 616.

3. La conciliation préalable

109. Pour contester le loyer initial, comme pour la plupart des actions fondées sur le droit du bail, le locataire doit impérativement s'adresser à l'autorité de conciliation du lieu où est situé l'immeuble⁹⁷.
110. Il s'agit d'un for partiellement impératif⁹⁸. Si le locataire saisit une autre autorité de conciliation que celle du lieu de situation ou s'adresse directement à l'autorité judiciaire, celles-ci déclineront leur compétence et renverront la cause à l'autorité de conciliation du lieu de situation de l'immeuble, pour autant que celle-ci se trouve dans le même canton.
111. Les parties peuvent convenir, dans le bail ou par compromis, de porter la cause devant un arbitre. Pour les baux d'habitation toutefois, seule l'autorité de conciliation peut intervenir comme tribunal arbitral.

4. La procédure inquisitoire sociale

112. L'article 274 d CO impose aux cantons de prévoir une procédure simple et rapide pour les litiges portant sur les baux d'habitation et les locaux commerciaux. Cette procédure est applicable à l'autorité de conciliation et aux juges, ordinaires ou spécialisés. Elle prévoit que l'une et l'autre établissent d'office les faits et apprécient librement les preuves.
113. Ces exigences postulent l'application d'une procédure dite sommaire, accélérée ou simplifiée, qui ne s'accommodent pas des exigences de forme concernant en particulier l'allégation des faits et les offres de preuves de la procédure ordinaire.
114. Dans tous les cas où l'autorité de conciliation n'a pas la compétence de rendre une décision, mais uniquement d'inciter les parties à trouver un accord et, à défaut, de rendre un acte de non conciliation, l'établissement détaillé des faits sera davantage le rôle du juge. L'autorité de conciliation pourra se borner à une instruction sommaire. Elle ne pourra cependant pas refuser de procéder à des mesures d'instruction expressément requises par l'une ou l'autre des parties, sous réserve de l'expertise ou d'autres modes de preuves coûteux. Un

⁹⁷ Art. 274 b CO et 23 LFors.

⁹⁸ RAPP, p. 11.

état de faits clair est en effet de nature à favoriser l'aboutissement d'un accord⁹⁹.

115. La doctrine et la jurisprudence parlent de *maxime inquisitoire à caractère social* ou de *maxime des débats tempérée*¹⁰⁰. Les conditions de contestation du loyer initial imposent que le propriétaire ou le gérant fournisse un certain nombre d'éléments de fait que le locataire n'est pas censé connaître. En premier lieu le montant du précédent loyer, lorsqu'il n'y a pas de formule officielle, et les motifs d'une éventuelle augmentation. L'obligation faite aux parties de présenter toutes les pièces nécessaires à l'appréciation du litige implique d'alléguer les faits et de fournir les preuves¹⁰¹.
116. Selon un principe fondamental de procédure civile, le juge doit statuer exclusivement dans le cadre des conclusions prises. En matière de contestation du loyer initial, le locataire qui saisit la Commission de conciliation doit indiquer de manière compréhensible ce qu'il demande, à savoir la vérification, la baisse ou la fixation du loyer à un montant différent de celui qui figure dans le bail.
117. Cette procédure simplifiée facilite l'accès au juge sans l'assistance d'un mandataire professionnel. Elle impose que jusqu'à la clôture de l'instruction et en fonction des preuves rapportées, les conclusions puissent être modifiées. Devant le juge, les conclusions doivent cependant rester dans le cadre fixé devant l'autorité de conciliation. Ainsi, le locataire qui conteste le loyer initial ne saurait demander en outre, s'il ne l'a pas fait dans sa première requête, que le propriétaire soit tenu de procéder à des travaux d'entretien par exemple. Une telle conclusion devrait selon nous être renvoyée par le juge à l'autorité compétente et la cause en contestation du loyer initial suspendue ou disjointe.
118. Dans le cadre des conclusions prises, il appartient en revanche au juge d'inviter les parties à établir les faits pertinents pour la solution du litige¹⁰². Si le précédent bail n'est pas produit ni même invoqué, le juge en ordonnera la production d'office.

⁹⁹ Voir à ce propos RAPP, p. 12.

¹⁰⁰ JACQUEMOUD ROSSARI, p. 27.

¹⁰¹ Art. 274d al. 3 CO ; JACQUEMOUD ROSSARI, p. 27.

¹⁰² TF du 31 mai 2006, 4C.52/2006, consid. 3.1, DB 2007, N 24 et les références.

119. Si le juge a des doutes sur le caractère complet des allégations des parties et leurs offres de preuves, il doit leur donner l'occasion de les compléter et les informer sur les conséquences de leurs réticences éventuelles. En cas de refus d'une partie de fournir un élément nécessaire à la solution du litige, le juge statuera en l'état du dossier sur la base des autres éléments disponibles. La maxime inquisitoire sociale ne permet en effet pas d'étendre à bien plaire l'administration des preuves ni de recueillir toutes les preuves disponibles¹⁰³.
120. Si le bailleur qui détient les pièces probantes, refuse ou néglige de les produire, le juge peut en déduire qu'il cache un rendement abusif¹⁰⁴.
121. Quelle que soit la sanction que la procédure cantonale applique à la partie qui refuse de produire un document ou de collaborer à une autre preuve, son refus ne devrait jamais, en matière de procédure inquisitoire sociale, conduire à une solution plus défavorable à la partie économiquement faible que si le fait était allégué et prouvé. Ainsi, le bailleur qui refuserait de produire le bail précédent et d'indiquer le mode de calcul du loyer en vigueur auparavant, ne devrait pas être mieux traité que celui qui fournit le bail et les éléments de calcul du loyer.
122. En seconde instance, la loi ne fixe pas d'obligation particulière, notamment en ce qui concerne l'allégation de nouveaux éléments ou l'apport de nouvelles preuves. En l'absence d'appel, la procédure cantonale peut refuser ces éléments nouveaux¹⁰⁵. En revanche, la violation par le juge de première instance de son devoir d'instruire peut faire l'objet d'un recours en matière civile tant en seconde instance cantonale que devant le Tribunal fédéral¹⁰⁶.

¹⁰³ TF du 31 mai 2006, 4C.52/2006, consid. 3.1, DB 2007, N 24 et les références ; TC VD Ch. des recours 30.11.2005.

¹⁰⁴ TF du 18 janvier 2006, 4P.201/2005, consid. 2.4 et les références ; TBx VD, jugement du 12.05.2005.

¹⁰⁵ Concernant la procédure de divorce par exemple, l'art. 138 CC permet l'invocation de faits et de moyens de preuve nouveaux y compris devant l'instance cantonale supérieure, de même que des conclusions nouvelles fondées sur ces nouveaux moyens. L'art. 274d CO ne prévoit rien en ce sens. En revanche, si l'état de faits de première instance est incomplet ou insuffisant, l'instance supérieure devra impérativement casser le jugement et renvoyer la cause en première instance pour complément d'instruction. Le TF a jugé que la procédure inquisitoire sociale ne s'applique pas de manière absolue en seconde instance, ATF 125 III 231 consid. 4a.

¹⁰⁶ TF du 31 mai 2006, DB 2007, N 24.

D. La fixation du loyer initial par le juge

1. Les critères applicables et la marge d'appréciation

123. Le montant du loyer initial s'apprécie principalement selon la méthode absolue¹⁰⁷. Le juge doit se fonder exclusivement sur les motifs invoqués par les parties. Le bailleur est lié par les motifs de hausse mentionnés dans la formule officielle ou, lorsque celle-ci n'est pas obligatoire, ceux qu'il invoque en cours de procédure¹⁰⁸.
124. Il incombe au propriétaire de choisir le critère de fixation du loyer initial et de prouver qu'il est fondé. Il peut indiquer plusieurs motifs de hausse. Mais il doit préciser les montants correspondants à chacun d'eux, avec une description détaillée¹⁰⁹. En outre, il doit choisir entre les critères reposant sur la notion de loyer fondé sur les coûts et ceux qui relèvent des prix du marché. Ces deux modes de fixation du loyer ne peuvent être invoqués simultanément¹¹⁰.
125. En revanche, le locataire est toujours habilité à invoquer le rendement net, pour démontrer que nonobstant une équivalence avec les loyers comparatifs, le loyer initial procure néanmoins un rendement abusif au bailleur¹¹¹.
126. Cette inégalité entre les parties n'est qu'apparente. En effet, le loyer fondé sur les coûts est celui qui permet au propriétaire d'obtenir un rendement équitable des fonds propres investis dans l'immeuble, après le paiement de toutes les charges.
127. C'est uniquement s'il n'est pas possible de déterminer les fonds propres investis, notamment parce que l'immeuble est ancien, que la méthode des loyers du marché est la seule applicable¹¹². Le critère d'ancienneté qui permet de déterminer l'ordre des priorités entre le critère des loyers comparatifs et celui du rendement, n'est pas pertinent. Un calcul est en effet toujours possible même pour les immeubles anciens¹¹³. Le cas

¹⁰⁷ TC VD, Ch. des recours 07.09.2006 et 30.11.2005, CdB 2006, p. 62 ; ATF 121 III 364, spéc. 367 ; FETTER, N 476, p. 219 ; LACHAT, p. 388, ch. 2.1.5.

¹⁰⁸ FETTER, p. 90, N 193.

¹⁰⁹ Art. 19 al. 1 lit. a ch. 4 OBLF ; FETTER, p. 88, N 191.

¹¹⁰ TF du 18 janvier 2006, 4P.201/2005, consid. 2.4.4 et les références.

¹¹¹ TC VD, Ch. des recours 30.11.2005.

¹¹² LACHAT, p. 456, ch. 2.1.4.

¹¹³ TF du 12 novembre 2004, 4C. 236/2004, consid. 3.3, DB 2005, N 17.

échéant, on procédera par une expertise de la valeur intrinsèque de l'immeuble qui prendra en compte l'ensemble des circonstances. Mais, dans ce cas, la valeur de rendement calculée sur la base des loyers du quartier ne devrait pas être prise en considération. En effet, l'article 10 OBLF ne concerne que le prix d'achat des immeubles dont les fonds propres sont connus. La déduction des hypothèques éventuelles donnera la valeur d'expertise et déterminera le montant des fonds propres à rentabiliser.

2. La méthode absolue

128. Lorsque le bailleur invoque à l'appui d'une augmentation de loyer un rendement prétendument insuffisant, il incombe au juge de déterminer le rendement net des fonds propres investis dans l'immeuble. Le bailleur doit indiquer la manière dont il a calculé la hausse et fournir toutes les données nécessaires au calcul du rendement¹¹⁴.
129. L'application de la méthode absolue doit être privilégiée par rapport aux loyers du quartier et du rendement brut permettant de couvrir les frais¹¹⁵. La prééminence du rendement net est indiquée par le législateur comme la *règle* par rapport aux *exceptions*¹¹⁶. Cette règle a cependant été l'objet de certaines hésitations du Tribunal fédéral qui a échafaudé une théorie dite de *la relativisation de la méthode absolue*. Le fait que le loyer fixé soit conforme aux loyers du marché suffirait à exclure l'abus même si le loyer excède la limite de rendement net admissible. En réalité, ce n'est que dans le cadre d'une demande de baisse de loyer en cours de bail, que le bailleur a la possibilité d'invoquer les loyers usuels¹¹⁷. Il n'est pas habilité à les invoquer dans les procédures en contestation de hausse en cours de bail, ni en cas de contestation du loyer initial, pour faire échec au calcul de rendement. Les exceptions ne déploient leurs effets que lorsqu'il n'est pas possible d'établir le rendement net et par conséquent son caractère éventuellement excessif¹¹⁸.

¹¹⁴ Pour les détails concernant l'application de la méthode absolue, on se réfère à LACHAT, chapitre 18 ainsi qu'à RICHARD, p. 65 ss, spécialement p. 85 à 91.

¹¹⁵ Art. 269a lit. a et c CO ; art. 11 et 15 OBLF.

¹¹⁶ Voir les notes marginales de l'art. 269 et 269a CO.

¹¹⁷ TF du 4 juin 1996, CdB 1996, p. 99, consid. III/b/cc.

¹¹⁸ ATF 122 III 257, JdT 1997 I 595 ; 124 III 310, JdT 2000 I 189.

130. Le législateur a exclu le système du contrôle du loyer au profit de la protection du locataire contre les loyers et autres prétentions abusifs du bailleur. Certes, l'exception à la règle du rendement fondée sur les loyers du marché était-elle destinée, du temps de l'AMSL, à conférer aux propriétaires d'anciens logements le *droit de rattraper le marché*. Cette exception ne saurait rendre légitime des loyers procurant aux propriétaires d'anciens logements ou d'immeubles qui n'ont jamais changé de mains, des rendements supérieurs à ceux qu'autorise la méthode fondée sur les coûts. En effet, l'indexation des 40 % du prix de revient de l'immeuble à l'évolution du coût de la vie¹¹⁹ garantit d'ores et déjà au bailleur, propriétaire de longue date, une compensation de l'inflation et par là-même un rattrapage des prix du marché. Il n'y a pas de raison qu'il bénéficie en outre d'une prime découlant de l'évolution plus rapide de l'indice des loyers que celle de l'indice général des prix à la consommation¹²⁰. Au contraire, si l'exception des loyers usuels en matière de fixation de loyer initial permettait de faire obstacle à la réduction dudit loyer sur la base du rendement, la protection contre les loyers abusifs perdrait une part importante de sa signification. En effet, un loyer abusif mais conforme au marché, deviendrait lui-même une référence du quartier pour la fixation d'autres loyers, respectivement pour justifier l'augmentation des loyer pour des logements semblables.
131. En résumé, le locataire qui conteste le loyer initial doit être autorisé dans tous les cas à renverser la présomption du caractère non abusif du loyer conforme au marché en établissant que le loyer considéré procure au bailleur un rendement excessif. Ce n'est qu'en cas d'échec du renversement de la présomption ou d'impossibilité à déterminer le caractère excessif du rendement, que le critère des loyers usuels sera seul déterminant¹²¹.

3. La méthode comparative

132. Les loyers usuels du quartier sont souvent invoqués en matière de fixation du loyer initial.

¹¹⁹ Art. 16 OBLF.

¹²⁰ De 1980 à 2007, l'IPC a augmenté de 79.7% et l'indice des loyers de 130% (source : Office fédéral de la statistique).

¹²¹ ATF 124 III 310, JdT 2000 I 189.

133. Dès lors qu'il n'existe pas de statistiques fiables, le Tribunal fédéral a fixé quelques règles pour démontrer qu'un loyer est ou non conforme aux loyers de la localité ou du quartier. Il exige notamment la production d'au moins cinq éléments de comparaison¹²². L'article 11 OBLF fixe les conditions que doivent remplir les loyers invoqués pour être pris en considération¹²³.
134. S'agissant des locaux commerciaux, la comparaison peut être opérée sur la base du prix au mètre carré usuel dans le quartier, pour des objets semblables. Cette méthode nous paraît nettement préférable et devrait être étendue aux locaux d'habitation. En effet, la surface constitue un élément important aussi bien pour les entreprises que pour le logement. Il s'agit d'ailleurs d'un élément déterminant s'agissant de savoir si les loyers proposés à titre de comparaison concernent effectivement des locaux comparables.

4. La méthode relative

135. La méthode relative fondée sur l'accord entre propriétaires et locataires à propos des conditions initiales d'un bail, n'est applicable qu'en cas de renouvellement conventionnel tacite. Elle repose en effet sur le principe de la fidélité contractuelle qui postule le maintien des conditions du contrat et son adaptation à l'évolution des circonstances économiques.
136. Lors de la conclusion du bail, l'application de cette méthode est en principe exclue, puisque par définition il n'y avait pas de relation contractuelle entre parties pour l'objet loué. Rien cependant n'interdit dans la loi aux parties de se référer à la méthode relative pour la fixation du loyer initial, comme elles le feraient en cas de reprise de bail où la substitution de parties ne modifie pas les conditions du contrat. Le

¹²² ATF 123 III 317, JdT 1998 I 125.

¹²³ Art. 11 OBLF : ¹ *Les loyers déterminants pour le calcul des loyers usuels dans la localité ou le quartier au sens de l'article 269a, lit. a, du code des obligations sont les loyers des logements et des locaux commerciaux comparables à la chose louée quant à l'emplacement, la dimension, l'équipement, l'état et l'année de la construction.*

² *Pour les locaux commerciaux, la comparaison au sens de l'article 269a, lit. a, du code des obligations peut être opérée sur la base du prix au mètre carré usuel dans le quartier pour des objets semblables.*

³ *N'entrent pas en ligne de compte les loyers découlant du fait qu'un bailleur ou un groupe de bailleurs domine le marché.*

⁴ *Les statistiques officielles doivent être prises en considération.*

principe de confiance entre le propriétaire et le premier locataire est reporté sur le successeur de celui-ci. Si le bailleur invoque le loyer précédent et son évolution fondée sur la méthode relative et que le nouveau locataire se borne à invoquer une mauvaise application de cette méthode à l'appui de sa contestation du loyer initial, le juge est lié et ne peut pas d'office effectuer un calcul de rendement¹²⁴.

137. Mais si le nouveau locataire, comme il en a toujours le droit, invoque un rendement abusif, le juge ne pourra pas se contenter de vérifier si le loyer antérieur est ou non justifié selon la méthode relative.
138. A l'inverse, si le bailleur n'a invoqué que la méthode relative à l'appui de la justification du loyer initial, il ne pourra pas en cours de procédure, invoquer un rendement prétendument insuffisant. Si le locataire démontre que la méthode relative a été mal appliquée, le loyer sera réduit¹²⁵.

5. Le loyer précédent

139. L'exclusion de la méthode relative comme critère de fixation du loyer initial est fondée sur le principe de l'adaptation d'un loyer selon l'évolution de différents paramètres, en particulier le taux hypothécaire, sans égard au fait que ledit loyer procure ou non un rendement abusif au propriétaire.
140. En d'autres termes, un loyer abusif ou insuffisant, indexé ou adapté à l'évolution du taux hypothécaire, reste abusif ou insuffisant. L'argument tiré de la liberté contractuelle pour justifier une limite inférieure à ne pas dépasser par le juge chargé de fixer le loyer initial ignore purement et simplement le fait que les dispositions protégeant les locataires contre les loyers abusifs constituent précisément une restriction à la liberté contractuelle. Le Tribunal fédéral a tranché la question sans équivoque en rappelant que la contestation initiale a pour finalité de vérifier si le loyer est abusif ou non, selon les critères objectifs et non par rapport à un loyer payé antérieurement par un tiers. Seule cette possibilité de contrôle du loyer permet de trancher sur le caractère éventuellement abusif de celui-ci conformément à l'objectif constitutionnel et légal de protection des locataires¹²⁶. En effet, si le

¹²⁴ TF du 17 novembre 2006, 4C.281/2006, consid. 2.2, CdB 2007, p. 57.

¹²⁵ FETTER, p. 220 et 221.

¹²⁶ TF du 17 novembre 2006, 4C.281/2006, consid. 2.2 et les références ; TC VD, Ch. des

juge ne pouvait pas fixer un loyer inférieur à celui payé par le précédent locataire, toute contestation serait exclue de fait, chaque fois que le loyer est identique, mais néanmoins abusif¹²⁷.

6. En cas de travaux à plus-value

141. Si le bailleur invoque l'exécution de travaux d'entretien, de rénovation ou à plus-value, le coût de ces travaux doit être inclus dans le prix de revient de l'immeuble permettant de déterminer les fonds propres. Peu importe que lesdits travaux apportent une plus-value aux locaux loués, dès lors qu'il n'y a pas lieu de distinguer la part d'entretien de la plus-value. Le loyer inclut une part d'entretien¹²⁸. Mais en matière de fixation du loyer initial, la seule incidence du loyer précédent intervient comme condition de contestation.

7. Le rendement brut

142. Les loyers qui se situent dans les limites du rendement brut permettant de couvrir les frais ne sont en règle générale pas considérés comme abusifs, lorsqu'il s'agit de constructions récentes. La construction est considérée comme récente lorsqu'elle n'a pas dix ans. Un rendement de l'ordre de 2 % supérieur au taux de l'intérêt hypothécaire en premier rang du marché est admissible¹²⁹.
143. Cette exception à la règle du rendement net est subsidiaire à toutes les autres. Elle ne s'applique que pour le constructeur de l'immeuble. En cas de vente ultérieure, on ne saurait en effet parler de prix de revient. En outre, le prix de revient manifestement exagéré doit être réduit¹³⁰. En effet, il s'agit ici de permettre aux investisseurs immobiliers de couvrir au moins leurs charges, dans l'espoir qu'avec le temps ils pourront

recours 30.11.2005 : le fait de se référer au loyer précédent pour justifier la contestation puis d'invoquer le caractère abusif de celui-ci ne constitue pas un abus de droit, mais n'est que la conséquence du système légal.

¹²⁷ TF du 12 mars 2002, 4C.367/2001, CdB 2002, p. 90.

¹²⁸ Art. 269a, lit. c CO ; LACHAT, p. 317.

¹²⁹ Voir LACHAT, p. 490, ch. 6.7 ; FETTER, p. 224, N 490 ; le rendement brut tient compte aussi des travaux à plus-value exécutés dans un immeuble neuf : TC VD, Ch. des recours 01.11.2006.

¹³⁰ Nous partageons l'avis de LACHAT, p. 491, selon lequel la réduction ne doit pas être calculée en fonction des loyers du quartier (Art. 10 OBLF) mais sur une base objective incluant le prix moyen du terrain et le coût de la construction.

obtenir un rendement de leurs fonds propres. Cette exception au calcul du rendement net postule que seuls les frais sont couverts. Le locataire ne peut pas invoquer les loyers du quartier à l'appui d'une contestation du loyer initial¹³¹.

8. Les loyers indexés, échelonnés ou selon le chiffre d'affaires

144. Un loyer ne peut être indexé à l'évolution du coût de la vie qu'à la double condition que le bail soit conclu pour une durée minimale de 5 ans et que la référence soit l'indice suisse des prix à la consommation¹³². Pour autant que les conditions soient remplies, le loyer initial peut être contesté. Ce droit est d'autant plus important pour le locataire que le loyer ne pourra plus être remis en cause pendant toute la durée du bail, même s'il se révèle abusif¹³³. Mais la procédure de contestation du loyer initial ne permet pas de remettre en cause le principe même de l'indexation¹³⁴.
145. En revanche, lorsque le loyer est échelonné, la contestation peut porter non seulement sur le montant du loyer initial, mais aussi sur l'échelonnement. En effet, dans les baux, dont la durée minimale doit être de trois ans¹³⁵, le premier échelon peut constituer un loyer d'appel fixé de telle manière qu'il n'excède ni le rendement admissible, ni les loyers usuels ou le loyer permettant de couvrir le rendement brut d'un immeuble neuf. En revanche, si les échelons subséquents sont très élevés, ils peuvent avoir pour conséquence de rendre le loyer abusif en cours de bail. La jurisprudence a admis que le principe de l'échelonnement soit remis en cause, dès lors que sous réserve de l'application des échelons ou de la nullité éventuelle de la clause d'échelonnement, notamment parce que le bail n'est pas conclu pour une durée de trois ans, la notification des augmentations successives ne peut plus être contestée¹³⁶.

¹³¹ LACHAT, p. 537, ch. 5.2.1. Avec cet auteur, nous estimons que pour un immeuble ancien pour lequel le propriétaire invoque un rendement insuffisant, le locataire devrait pouvoir se défendre en invoquant le moyen tiré des loyers du quartier.

¹³² Art. 269b CO.

¹³³ LACHAT, p. 511, ch. 2.2.8.

¹³⁴ Voir FETTER, p. 146, N 313 ; LACHAT, p. 511, s'est récemment rallié à cette opinion.

¹³⁵ Art. 269c CO.

¹³⁶ Art. 272 CO.

146. Le loyer fixé selon le chiffre d'affaires ne pourrait être contesté qu'en début de bail, tant en ce qui concerne le montant que le pourcentage fixé. En revanche, en cours de bail, il ne serait pas possible, selon une jurisprudence discutable, de remettre en cause ledit pourcentage¹³⁷. Cette restriction peut aboutir à justifier des loyers abusifs, en particulier si le bail est de longue durée et si le chiffre d'affaires du commerçant locataire concerné augmente de manière aussi importante qu'inattendue. Il faut admettre qu'un loyer fixé de cette manière puisse être contesté au moment du décompte qui intervient à la fin de chaque exercice. A défaut, si le locataire fait de très bonnes affaires, le propriétaire en profiterait d'une manière totalement injustifiée, sans aucune prestation supplémentaire.
147. La contestation du pourcentage du chiffre d'affaires devrait permettre pour le moins au locataire d'obtenir la limitation de celui-ci à un certain plafond, en particulier si le loyer initial est à la limite supérieure du rendement net admissible et s'il n'existe pas de possibilité pour le locataire, en cas de chiffre d'affaires inférieur aux prévisions, de payer un loyer plus bas que le loyer initial. L'égalité des parties justifierait en l'espèce une répartition équitable des risques et des profits.

E. Le complètement du bail par le juge

1. Généralités

148. Le rôle principal du juge en matière de contestation du loyer initial consiste à fixer le montant du loyer équitable en se fondant sur les motifs invoqués par le bailleur pour le premier loyer si les locaux n'étaient pas loués ou pour l'augmentation dudit loyer par rapport à celui que payait le précédent locataire.
149. Mais lorsque le loyer initial n'est pas valablement fixé, notamment en l'absence de formule officielle, le pouvoir d'appréciation du juge est plus étendu que dans la procédure de contestation d'un loyer communiqué selon les formes prescrites ; il n'a pas à limiter son intervention au cas où le loyer convenu par les parties est abusif¹³⁸.
150. Si le bailleur n'invoque aucun motif pour justifier le loyer initial, ou s'il invoque plusieurs motifs contradictoires (rendement insuffisant et

¹³⁷ Voir FETTER, p. 25, N 51 et les références.

¹³⁸ ATF 120 II 341 consid. 5c.

loyers du quartier), le bail est partiellement nul et le juge saisi d'une contestation du loyer initial doit choisir la méthode pour déterminer si ledit loyer est ou non équitable¹³⁹.

151. Si le bailleur omet de joindre au bail la formule officielle, dans les cantons où elle est obligatoire, respectivement lorsque la formule est entachée de nullité, le bail est aussi partiellement nul et le juge agira de la même manière. Dans ce cas, le loyer convenu constitue simplement la limite supérieure du loyer à fixer¹⁴⁰.

2. Les motifs invoqués par le bailleur

152. L'utilisation de la formule officielle implique l'indication des motifs de hausse sur la formule elle-même sous peine de nullité¹⁴¹. En outre, le bailleur est limité dans le choix des motifs, puisqu'il ne peut pas invoquer concurremment le rendement insuffisant et les loyers du quartier¹⁴².
153. En cas de contestation, c'est le bailleur qui doit établir la réalité des motifs invoqués. S'il échoue dans la preuve, le loyer n'est pas nul. Le juge en corrigera le montant.
154. Si le bailleur invoque les loyers du quartier mais ne fournit pas les éléments de comparaison nécessaires, il n'appartient pas au juge de les rechercher pour lui. Il appliquera prioritairement la méthode absolue.
155. Dans ce cas, le loyer initial n'est pas nul. Jusqu'au jugement, le locataire est tenu de le payer, sous peine d'une résiliation anticipée du bail, en application de l'article 257 d CO.

3. L'absence de formule officielle

156. Lorsque la formule officielle est obligatoire et qu'elle n'est pas remise au nouveau locataire, le contrat de bail ne serait normalement pas valable. Mais le défaut de formule officielle n'invalide pas

¹³⁹ Voir notamment TF du 27 avril 1998, SJ 1998, p. 718.

¹⁴⁰ TF du 12 novembre 2007, 4A.214/2007, consid. 4 ; le juge doit se fonder sur toutes les circonstances du cas d'espèce : ACJ GE du 14.06.2005, N 763 et du 14.06.2004, N 745 ; TC VD, Ch. des recours 30.11.2005 et 04.10.2006 ; TBx VD, jugement du 05.10.2005.

¹⁴¹ Art. 269d al. 2 lit. b CO.

¹⁴² FETTER, p. 208, N 451 et les références.

complètement le contrat. Selon le principe du respect de la volonté des parties de conclure le contrat, la jurisprudence admet de limiter la nullité de l'acte aux clauses viciées. La nullité formelle du contrat de bail est limitée au montant du loyer.

157. Cette nullité partielle est conforme au but de la loi, puisque c'est le montant du loyer qui est soumis aux mesures de protection du locataire contre les loyers abusifs et non pas le bail lui-même¹⁴³. Ainsi le locataire qui conteste le loyer initial en invoquant l'absence de formule officielle, ne peut se départir du contrat, même si le juge entre en matière, mais constate que le loyer initial n'est pas abusif.
158. La formule n'est pas applicable pour les autres prétentions du propriétaire, par rapport au bail précédent. Ainsi, d'éventuelles restrictions apportées au bail en matière de jouissance des locaux communs de l'immeuble, du jardin ou la suppression d'une place de parc, précédemment comprise dans le bail, n'ont pas à figurer sur la formule. Ces nouvelles prétentions éventuelles du bailleur à l'égard du nouveau locataire peuvent en revanche être invoquées par celui-ci pour contester le loyer, si les restrictions apportées à la jouissance des locaux entraînent une augmentation du rendement de ceux-ci au point de le rendre abusif.
159. La sanction du défaut de formule officielle est la nullité du loyer. Cela ne signifie évidemment pas que le locataire puisse occuper gratuitement les locaux loués. En revanche, cette nullité peut être invoquée en tout temps. En cas de contestation ultérieure, le juge fixera d'abord le loyer, avant de statuer sur d'autres conclusions, en hausse ou en baisse¹⁴⁴.
160. Lorsque la formule officielle est jointe au contrat ou remise dans le délai de contestation, mais ne contient aucun motif ou est entachée de vices de forme¹⁴⁵, le locataire n'est pas tenu d'agir dans les trente

¹⁴³ Pour une analyse détaillée des conséquences de l'absence de formule officielle sur le contrat de bail, nous renvoyons le lecteur aux considérations pertinentes de FETTER, p. 97 ss.

¹⁴⁴ On admet qu'un locataire ne peut être dans un tel cas en demeure de payer son loyer, au sens de l'art. 257d CO ; il ne risque ainsi pas l'expulsion, ou l'évacuation forcée aussi longtemps que le loyer n'a pas été fixé. Le juge chargé d'une éventuelle requête fondée sur cette disposition ne peut que constater la nullité du loyer et renvoyer le bailleur à saisir lui-même le juge compétent pour faire fixer le montant du loyer équitable. ATF 120 II 341 consid. 6a ; TBx VD, jugement du 05.10.2005.

¹⁴⁵ On pense en particulier à l'emploi d'une formule qui n'est plus en vigueur ou applicable dans un autre canton ou encore si elle est assortie d'une menace de résiliation du bail

jours¹⁴⁶. La loi ne distingue en effet pas entre la nullité fondée sur l'absence de formule ou d'indication des motifs. La simple annulabilité du loyer fondée sur l'absence de motifs reviendrait à avantager le propriétaire qui n'aurait pas justifié une hausse par rapport au loyer payé par le locataire précédent. Le nouveau locataire doit pouvoir apprécier non seulement le montant objectif du loyer, mais aussi la raison pour laquelle celui-ci est plus élevé qu'avant.

161. L'incompatibilité entre les deux motifs principaux d'augmentation, le rendement insuffisant et les loyers du quartier, rend d'autant plus indispensable l'indication du motif sur la formule officielle. Si l'absence de motif n'entraînait qu'une simple annulabilité du loyer initial, le locataire devrait dans tous les cas agir en contestation pour connaître les motifs de hausse.
162. En résumé, l'absence de formule officielle obligatoire, ou une formule invalide pour des raisons formelles conduit à la nullité du loyer, mais pas celle du bail dans son ensemble. Cette nullité du loyer peut être invoquée en tout temps, y compris après une hausse non contestée.
163. Selon la jurisprudence, le locataire qui remet tardivement en cause un loyer initial pour le motif qu'il n'a pas été informé de son droit de contestation, par le biais de la formule officielle obligatoire, ne commet qu'exceptionnellement un abus de droit. Ainsi le locataire qui connaît le vice de forme et s'en prévaut plus de six ans après la conclusion du bail, à l'occasion d'une procédure en expulsion intentée pour retard dans le paiement du loyer, commet un abus de droit¹⁴⁷.

(Art. 269 al. 1 lit. b et c CO). Le TF a toutefois admis à plusieurs reprises que la hausse était valable lorsque la formule officielle périmée était conforme en tous points aux exigences formelles fixées par l'art. 19 OBLF et ceci même si l'ancienne formule a été expressément révoquée par l'autorité administrative : TF du 9 juillet 2004, 4C.114/2004, DB 2006, N 17, CdB 2004, p. 111. Cette dernière décision nous paraît discutable dès lors que la révocation de l'ancienne formule était motivée par le souci de clarifier la situation en ce qui concerne les nombreuses formules qui existaient à l'époque dans le canton de Vaud et qui était susceptible d'induire les parties en erreur.

¹⁴⁶ Une jurisprudence genevoise isolée dit le contraire, en ce sens qu'en présence d'une formule invalide, le vice serait couvert si le locataire n'agit pas en contestation du loyer initial. Pour l'analyse de cette jurisprudence, nous renvoyons aux commentaires de FETTER, p. 109 ss.

¹⁴⁷ LACHAT, notes ad TF du 1^{er} avril 2005, 4C.428/2004, SJ 2006 I 19, in : DB 2006, p. 36 ; ACJ GE du 07.05.2007, N 533 : abus de droit admis en raison de l'invocation tardive du vice de forme ; TC VD, Ch. des recours 01.11.2006 : abus de droit contesté en cas de non-paiement du loyer et de résiliation anticipée par le bailleur pour ce motif.

164. Lorsque le juge est saisi d'une contestation en relation avec le loyer, il doit examiner d'office si le loyer initial est valable et s'il ne l'est pas, faute de formule officielle, il doit d'abord fixer le loyer initial, avant de statuer sur une éventuelle modification.

F. Les frais accessoires

165. Si les frais accessoires pour des prestations non comprises dans le loyer font l'objet d'un décompte, ils ne peuvent pas être contestés en même temps que le loyer initial¹⁴⁸. En effet, le principe de la couverture des coûts exclut tout abus en matière de loyer proprement dit.
166. Si les frais accessoires sont calculés à forfait, une augmentation sensible du forfait au changement de locataire doit être motivée. Elle doit pouvoir être contestée, en particulier si elle ne correspond pas à une augmentation réelle des frais, mais à une augmentation déguisée du loyer. Il en ira bien évidemment de même si les frais, notamment de chauffage, sont compris dans le loyer. Une augmentation du carburant entraînera une augmentation des charges du bailleur et par conséquent un rendement insuffisant. Le bailleur pourra l'invoquer comme motif de hausse. Mais le calcul du rendement devra être effectué de manière globale et non par un simple report sur les loyers de la hausse du mazout ou du gaz par exemple¹⁴⁹.

G. La garantie de loyer

167. La constitution de sûretés est une clause accessoire du bail, qui ne s'applique que si elle est prévue dans le contrat. En cas de baisse du loyer initial, la garantie fixée au maximum légal de trois mois devient contraire à une disposition impérative de la loi. Même en l'absence d'une conclusion de la part du locataire, le juge doit, lorsqu'il adapte à la baisse le loyer initial, réduire la garantie dans la même proportion. S'il ne le fait pas, le locataire est habilité à requérir en tout temps la restitution partielle des sûretés excédentaires. Théoriquement, la banque devrait restituer au locataire le surplus sur la seule présentation du jugement de baisse de loyer exécutoire, de la même manière qu'elle est tenue à restitution si une année après la fin du bail, le propriétaire n'a

¹⁴⁸ TBx VD, jugement du 07.09.2006, XA 06.2286 consid. IV.

¹⁴⁹ Voir FETTER, p. 149, N 321 et les références.

fait valoir aucune prétention contre le locataire par une procédure judiciaire ou une poursuite¹⁵⁰.

H. Les autres conclusions

168. Lorsque le loyer initial est fixé par jugement, celui-ci intervient souvent après de nombreux mois, voire plusieurs années de procédure. A compter du jugement exécutoire, le locataire bénéficie d'un loyer réduit ; il peut en outre réclamer pour toute la durée antérieure du bail, la part de loyer versée à tort. Mais le seul jugement fixant le loyer initial ne suffit pas à rendre sa créance exécutoire, s'il n'a pas pris une conclusion expresse en procédure, y compris devant l'autorité de conciliation¹⁵¹.
169. Le locataire a la faculté de prendre d'autres conclusions connexes, en relation avec le bail, dans la procédure de contestation du loyer initial. Pour autant qu'elles aient été soumises à la conciliation préalable, elles pourront faire l'objet d'un seul et même jugement. Le locataire pourra ainsi demander l'exécution de travaux d'entretien ou une réduction complémentaire du loyer, fondée sur l'absence d'une qualité promise des locaux loués.
170. En revanche, il n'est pas possible de prendre de telles conclusions pour remédier à un vice rédhibitoire affectant la procédure de contestation du loyer initial, en particulier le respect du délai de trente jours dès la prise de possession des locaux. Une réduction de loyer fondée sur un défaut de la chose louée ne saurait donner lieu à un calcul de rendement. En effet, si le défaut entrave ou restreint l'usage pour lequel la chose a été louée, le locataire peut prétendre à une réduction proportionnelle du loyer, calculée en fonction du loyer initial. Le résultat sera différent si le loyer initial est réduit¹⁵², mais encore faut-il que cette réduction ait été demandée en temps utile.
171. Les deux conclusions sont indépendantes. Il n'est pas exclu que le locataire qui a résilié le bail en raison des défauts¹⁵³ obtienne en outre, pour la durée pendant laquelle le bail a été en vigueur, une réduction du loyer initial.

¹⁵⁰ Art. 257e al. 3 CO.

¹⁵¹ Voir not. ATF 118 II 307.

¹⁵² Art. 259d CO.

¹⁵³ Art. 259b lit. a CO.

IV. Conclusion

172. Parvenu aux termes de cette brève étude, nous retiendrons cinq points précisés par la pratique actuelle :
173. Même si elle demeure relativement rare, surtout en Suisse alémanique, la contestation du loyer initial est pratiquement possible pour tous les baux en raison de la pénurie. En effet, lorsque celle-ci sévit, le locataire n'est pas tenu de démontrer qu'il a été contraint par les circonstances de signer un bail qu'il juge ensuite abusif, ceci même si le loyer n'est pas sensiblement plus élevé que celui payé par le précédent locataire.
174. En cas de contestation du loyer initial, le juge utilisera généralement la méthode absolue du calcul du rendement net, voire brut pour les immeubles récents mis pour la première fois sur le marché locatif, même si le bailleur invoque les loyers du quartier pour justifier le montant figurant dans le bail. On admet en effet que dans tous les cas, le locataire a la possibilité d'exiger un calcul de rendement.
175. L'application restrictive de la méthode comparative, pourtant fréquemment invoquée par les bailleurs pour justifier le loyer initial, tient à la difficulté d'établir et de fournir au juge les éléments de comparaison suffisants, au sens des exigences de la jurisprudence.
176. L'exclusion totale de la méthode dite relative pour fixer le loyer initial doit être nuancée. Cette méthode n'est en principe applicable qu'entre deux parties qui se sont d'abord entendues sur le loyer initial, censé procurer au bailleur un rendement équitable de ses fonds propres. Ensuite l'adaptation du loyer est fonction de la variation des coûts, à savoir les charges générales de l'immeuble, le taux hypothécaire et l'indice des prix à la consommation.
177. Néanmoins, dans deux hypothèses, la méthode relative pourra être appliquée par le juge chargé de fixer le loyer initial. Tel sera le cas lorsque le motif invoqué par le bailleur se réfère à la précédente adaptation du loyer et aux paramètres de la méthode relative. Le locataire pourra certes exiger un calcul de rendement. En revanche, il ne pourra pas opposer la méthode relative aux motifs invoqués par le bailleur fondés sur le rendement ou les loyers comparatifs, si celui-ci démontre le bien-fondé du motif invoqué¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Voir FETTER, p. 220, N 480.

178. La deuxième hypothèse admise par le Tribunal fédéral concerne le cas où le bailleur ne fournit aucun motif à l'appui d'une hausse de loyer par rapport au bail précédent, ni les renseignements nécessaires à établir le rendement. Dans ce cas, l'évolution antérieure du loyer pourra constituer un indice que le juge devra prendre en compte dans sa décision.
179. En matière de fixation de loyer initial, le juge doit faire une application extensive de la *maxime inquisitoriale sociale* en ce sens qu'il lui incombe de vérifier que la procédure est complète et que les parties, le plus souvent le bailleur, ont indiqué tous les éléments à l'appui de leurs conclusions et plus particulièrement de la motivation du loyer initial. Il doit aussi les informer des conséquences d'une procédure incomplète. Ainsi, le juge ne pourra pas se contenter de relever que les éléments de comparaison sont insuffisants à motiver un loyer fondé sur les prix du quartier. Il devra aussi donner l'occasion au bailleur de produire tous les éléments permettant de s'écarter de cette méthode pour effectuer un calcul de rendement¹⁵⁵.
180. Il serait hasardeux de dire si, à la veille d'une éventuelle modification fondamentale des dispositions légales relatives à la fixation du loyer, la contestation du loyer initial est appelée à se développer. La pénurie chronique de logement, notamment dans les zones urbaines, devrait inciter dans le Tribunal fédéral à confirmer le large pouvoir d'appréciation du juge, lorsqu'il est amené non pas à simplement contrôler le loyer initial, mais à le fixer, parce que les conditions formelles ou matérielles ne sont pas remplies et que le loyer indiqué dans le contrat est invalide. Il en va de l'efficacité de la norme constitutionnelle de protection des locataires contre les loyers abusifs.

¹⁵⁵ S'il ne s'exécute pas, le juge peut réduire le loyer initial au montant – non déraisonnable – des conclusions du locataire, voire au montant payé par le locataire précédent, TF du 10 juin 2008, 4A_129/2008, consid. 2.3.

Bibliographie sommaire

ENGEL P., Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd. Berne 1997

FETTER S., La contestation du loyer initial, Berne 2005

HIGI P., Zürcher Kommentar Obligationenrecht

JACQUEMOUD-ROSSARI L., L'évolution de la jurisprudence en matière de loyer, in : 11^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2000

JORNOD M., La limite inférieure du loyer initial lors du changement de locataire, CdB 2005, p. 1 ss

JORNOD M., La contestation du loyer initial, RDS 2006 I p. 37 ss

LACHAT D., Le bail à loyer, 2^e éd. Lausanne 2008

NORDMANN P., La sous-location, in : 10^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1998

PERMANN R., Kommentar Mietrecht, 2^e éd. Zurich 2007

PIOTET D., Traité de droit privé suisse, volume I, tome II, Droit cantonal complémentaire

RAPP J.-M., Autorités et procédure en matière de bail à loyer, in : 8^e Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 1994

RICHARD P., Le point sur la méthode absolue, CdB 1998, p. 65 ss

TERCIER P., Les contrats spéciaux, 2^e éd. Zurich 1995

SVIT-KOMMENTAR MIETRECHT, 2^e éd. Zurich 1997

WEBER R., Basler Kommentar, Obligationenrecht I